



INSTITUT DES
HAUTES ÉTUDES
SUR LA JUSTICE

Colloque « Justice transitionnelle et action diplomatique »

Ministère des Affaires étrangères / IHEJ

22 juin 2012

Intervention d'Albie Sachs

Albie Sachs est l'ancien directeur exécutif national de l'ANC et ancien juge à la Cour constitutionnelle en Afrique du Sud.

C'était dans une petite salle, pleine à craquer, le 14 février 1995. Nelson Mandela se leva, se dressa de toute sa hauteur et déclara : « La dernière fois que je me suis levé dans un tribunal, c'était pour savoir si je serais pendu. Aujourd'hui, je me lève pour inaugurer la première Cour constitutionnelle ».

J'étais l'une des onze personnes vêtues d'une nouvelle robe, vivant avec exaltation cet intense moment de transformation et de transition. L'un après l'autre, nous avons prêté serment. C'était un événement singulier de vivre cette inauguration en présence de Nelson Mandela qui avait passé vingt-sept ans en prison et qui était une si grande personnalité. Plusieurs d'entre nous l'avaient connu personnellement : certains avaient été emprisonnés à Robben Island avec lui, d'autres avaient pris part à la résistance à ses côtés. Et pour lui témoigner notre sincère admiration, six mois plus tard, la Cour constitutionnelle (comprenez bien que je dis cela avec ironie) invalida deux de ses décisions les plus importantes. N'est-ce pas de la gratitude? L'homme qui nous avait nommés, qui avait servi la justice pendant si longtemps était face à une Cour constitutionnelle reconnaissante qui rejeta deux importantes décisions qu'il avait prises en tant que président de la République, position à laquelle il avait été élu démocratiquement par le Parlement, lui-même issu du premier scrutin démocratique. Quelle gratitude n'est-ce pas ?

Ces décisions étaient capitales puisqu'elles étaient relatives aux premières élections démocratiques des gouvernements locaux d'Afrique du Sud. Pour la première fois, les Noirs, les Blancs et les métis allaient voter de façon égale lors des élections municipales et locales. Elles constituaient une avancée majeure mais en tant que Cour, nous avons déclaré ce processus anticonstitutionnel. Le Parlement avait accordé sa confiance au chef du gouvernement pour

créer des lois au sujet de la structuration du pays, de son mode de financement, des secrets d'Etat, de la gouvernance, des modalités d'élections du Président. Ce dernier avait proclamé ses décisions, qui étaient de bonnes décisions. Néanmoins, la Cour les jugea inconstitutionnelles en raison de l'impossibilité *constitutionnelle* pour le Parlement de transférer son autorité législative au Président : seul le Parlement peut adopter des lois constitutives d'un pays. Le gouvernement peut, certes, promulguer des décrets afin de pallier certaines lacunes du système mais les lois constitutives d'un pays doivent émaner du Parlement. D'un seul coup, notre Cour constitutionnelle avait désavoué et remis à leur place les deux autres piliers structurant la séparation des pouvoirs : le Parlement en invalidant le transfert de compétences en faveur du Président et le Président pour un usage abusif de son pouvoir, bien qu'il lui ait été donné par le Parlement. Nous attendions tous avec impatience les suites que Nelson Mandela donnerait à cette affaire. Le héros de cette nation et de la communauté internationale, celui qui nous avait nommés, fit presque immédiatement une intervention télévisée que nous avons tous regardée. Il affirma qu'en prenant ces décisions, il avait suivi l'avis de ses conseillers juridiques selon lesquels, il avait le pouvoir d'agir ainsi. Néanmoins, puisque la Cour constitutionnelle en avait jugé différemment, il devait, en tant que Président, être le premier à respecter l'interprétation de la Constitution rendue par la Cour constitutionnelle.

Pour moi, ce fut un magnifique moment dans l'histoire de notre nation et d'une certaine façon un grand moment pour le monde de la justice. Tout le monde ou presque sait quel jour merveilleux fut celui où les Sud-africains, noirs et blancs, votèrent tous ensemble pour la première fois. Cet événement fut retransmis partout à la télévision. Le jour où nous avons invalidé les décisions du Président et où il a accepté les conclusions de la Cour est pour moi aussi significatif que le jour où des millions de Sud-africains ont voté de façon égale pour la première fois. En effet, par ces actes, nous n'avons pas affirmé uniquement que nous avons une démocratie en Afrique du Sud. Nous avons affirmé que nous avons une démocratie constitutionnelle : la démocratie exercée à l'intérieur d'un cadre au contenu accepté par tous, avec des institutions pour garantir le respect de ce cadre. Il fut intéressant de constater que cet événement donna à Nelson Mandela plus d'autorité et de prestige et qu'après cela, il fut aisé pour le Ministère de l'agriculture, le clergé des villes ou pour n'importe quel officiel affecté par une décision de la Cour, de les accepter... Ceci n'était alors plus perçu comme une affaire personnelle mais comme une pratique naturelle dans une démocratie, régime dans lequel nous vivons.

Je souhaitais commencer mon intervention par cette histoire car c'est un thème peu évoqué dans les débats sur la justice transitionnelle.

De façon globale, la justice transitionnelle cherche à gérer une transformation, une transition d'un régime dictatorial, autoritaire, pernicieux et meurtrier, vers un régime plus démocratique. Comment gérer les crimes du passé ? Il est bien entendu important de faire référence à la Commission Vérité Réconciliation en Afrique du Sud, à laquelle j'ai apporté mon soutien. Je ne crois pas que ce soit un hasard que le pays qui a produit la Constitution, qui a produit Mandela et l'approche de la démocratie constitutionnelle soit également le pays qui a produit la Commission Vérité. Je mentionnerai rapidement qu'un de ses aspects importants était qu'elle concernait toutes les parties. En effet, il ne s'agissait pas d'appeler à comparaître uniquement les acteurs de l'ancien régime pour qu'ils rendent des comptes sur les exactions commises. L'ANC a également dû reconnaître les crimes qu'elle a perpétrés tels que la torture – pratique pourtant combattue au sein du parti – l'utilisation des mines antipersonnel pour toucher la population... De plus, l'enjeu était que chaque individu aille de l'avant. La Commission n'accordait pas

automatiquement l'amnistie. Pour en bénéficier, il fallait reconnaître les crimes commis. Dire la vérité était un aspect essentiel du processus. Sur ce sujet, j'avais donné un conseil qui n'avait toutefois pas été suivi en raison de la pression exercée par la société civile. Pour moi, les meurtriers et les criminels ne se manifesteraient pas si les auditions étaient publiques. La part de vérité révélée serait bien plus grande si elle était dévoilée à huis clos. Cependant, les ONG n'étaient pas favorables à l'idée d'amnistie. Et elles étaient dubitatives sur sa nécessité pour l'avenir de la nation. La seule chose dont elles étaient convaincues en revanche est qu'il fallait au moins que les auditions soient publiques. Et de fait, cette dimension s'est avérée vitale : nous avons vu les larmes, nous avons entendu les voix des personnes ayant souffert ainsi que celles des personnes qui avaient commis des actes terribles. Cela a permis d'humaniser le processus, de le faire entrer chez chacun de nous, dans nos maisons, puisque nous l'avons suivi sur nos téléviseurs. Il est devenu comme une pièce de théâtre nationale à laquelle toute la population participait. Ca n'était plus uniquement un rapport, une publication froide et distante. L'investissement de tous a permis d'aller plus loin qu'une formelle réconciliation et a créé les fondements d'une véritable réconciliation.

J'aimerais maintenant me concentrer d'avantage sur l'aspect juridique en matière de transition. Il y a quelques jours, la nouvelle de la décision de la Cour constitutionnelle égyptienne d'invalider les élections d'un tiers des membres du Parlement et concrètement de mettre ainsi à bas le Parlement m'a frappé l'esprit. Le paradoxe réside ici dans le fait que des militaires qui n'ont jamais suivi les règles de droit se placent aujourd'hui comme les grands défenseurs de l'indépendance de la justice et des règles de droit... Les gens se demandent-ils qui sont ces juges ? Ils ont été nommés sous Moubarak. De quelle indépendance ont-ils fait preuve dans le passé ? Comment pouvons-nous croire qu'ils seront indépendants lorsqu'ils présideront le processus de la transition vers la démocratie ? Nous avons découvert qu'en Egypte – et je parle en tant qu'observateur lointain car je n'ai pu m'y rendre que deux fois l'année dernière –, au lieu d'avoir des élections créant davantage d'unité nationale et de légitimité, ce processus électoral a intensifié les divisions. La raison en était l'absence de consensus sur la Constitution, sur les personnes qui la rédigeront et sur la capacité de la Cour à garantir la validité des processus constitutionnels.

Notre Cour constitutionnelle a joué un rôle capital dans la transition en Afrique du Sud. Nous avons connu une rupture totale dans le processus de formation de la Constitution : une rupture avec l'ancien régime, c'est-à-dire le gouvernement que nous avons l'habitude d'appeler « l'ennemi ». Puis nous avons arrêté de l'appeler ainsi. Il est devenu « le régime », puis « le gouvernement sanguinaire » et enfin « l'opposition » ! Ils nous ont dit : une Constitution est là pour s'assurer que les minorités sont protégées sinon, elle n'a pas de raison d'être et un statut électoral suffirait. Ainsi, disaient-ils, « nous profitons d'être encore en place pour écrire une Constitution qui garantisse que nous n'allons pas être traités de la façon dont nous avons pu vous traiter dans le passé ». Ils voulaient donc l'écrire immédiatement. Cependant, l'ANC, à laquelle j'appartiens, a contesté cette idée en affirmant : « Une constitution doit émaner d'un corps qui parle pour la nation dans son entier. La majorité noire de ce pays n'a jamais eu la chance de pouvoir exprimer ce qu'elle voulait : elle a été colonisée, dominée, discriminée. Aujourd'hui vous voudriez que notre constitution émane d'un corps où la majorité n'a pas une voix souveraine ? » Comment concilier les deux visions ? C'est dans des cas semblables que j'interpelle la salle et que je demande : « Selon vous, qui a raison ? Ceux qui pensent que la Constitution est là pour protéger les minorités ou ceux qui affirment qu'une Constitution qui n'a

pas de mandat légal ne pourra ni être acceptée, ni durer ? Qui a raison ? » Je regarde les bras se lever en réponse au vote et je réponds alors avec plaisir que tous ont raison. En effet, de nombreux processus d'écriture de Constitution admettent que les deux aspects sont justifiables. Comment donc les concilier et les faire accepter tous deux ?

Ceci m'amène au thème suivant : la valeur des crises. Les crises peuvent être dévastatrices. Mais elles peuvent également être extrêmement créatrices. La manière dont les crises sont surmontées – le type de dialogue qui est adopté – peut donner confiance en la pérennité du dialogue qui sera établi parce que la crise a été traversée en se regardant en face et en trouvant un moyen de répondre aux peurs et aux interrogations. Dans notre cas, il s'agit de celles de l'ancien régime blanc – qui craignait que la démocratie ne l'engloutisse au fond de l'océan – avec d'un autre côté, le désir partagé par la plupart de s'affirmer, de proclamer que le pays leur appartient et qu'il y a une place pour chacun. Nous avons réussi en impulsant un processus d'écriture de la Constitution en deux phases. Nous avons convenu et négocié à l'avance certains principes de base fondamentaux, tirés des pratiques et de l'expérience internationales, ainsi que des souffrances de notre « ancienne » Afrique du Sud. Ces principes devaient ensuite guider un corps électoral élu démocratiquement. Mais le Parlement nouvellement élu serait lié par ses propres règles : une majorité des deux tiers fût requise pour que la Constitution finale soit adoptée. Qui garantirait alors que ces principes seraient intégrés à la Constitution ? Nous ne pouvions pas laisser au Parlement le soin de mettre en place un Comité auquel aurait incombé cette charge. La Cour constitutionnelle était établie.

Ainsi donc, la Cour devenait un des principaux mécanismes garantissant que le processus n'aboutirait pas à une impasse. La Cour avait également été créée pour s'assurer que durant la rédaction de la nouvelle Constitution par le Parlement, le *Bill of Rights* (la Charte des droits fondamentaux) serait consacrée. En effet, notre nouvelle Afrique du Sud ne pouvait pas renvoyer à plus tard le respect de ses droits fondamentaux.

La Cour a, de plus, été établie pour contribuer à la transformation du système judiciaire dans son intégralité. En effet, la démocratie n'empêche malheureusement pas que des meurtres soient commis, que des familles se disloquent ou qu'il y ait des accidents de voiture. Il était donc fondamental d'avoir autant de continuité que possible dans le processus juridique afin que la démocratie ne soit pas associée au chaos et à l'anarchie alors que la population commençait à s'habituer à ses nouveaux droits fondamentaux. Nous avons donc laissé en fonction les anciens juges mais nous étions très inquiets. Tous avaient été nommés durant l'apartheid et sur 150 juges, 148 étaient blancs et seulement deux étaient noirs. 148 étaient des hommes, seulement deux étaient des femmes. La Constitution parlait pourtant de société non raciale et non sexiste (sic !) Comment le corps sensé protéger la Constitution et la faire appliquer pouvait-il être aussi inégalitaire et composé de personnes avec des modes de pensées (traduits en toute lettre dans les lois constitutionnelles qui avaient permis l'apartheid) dépourvus de toute dimension morale et de respect pour les droits de l'homme ?

Au lieu de détruire toutes les structures ou de remplacer tous les juges, nous avons décidé d'instituer une nouvelle Cour : la Cour constitutionnelle. Elle surplomberait les autres structures. Nous avons également initié l'écriture d'une Constitution qui devait mettre en évidence que le constitutionnalisme ne se limitait pas aux relations entre organes de l'État ou aux élections libres. La dimension constitutionnelle, renforcée par le *Bill of Rights* – un *Bill of Rights* complètement justifié – a été rendue opérationnelle en termes de développement de la *common*

law et d'interprétation de tous les statuts. Les droits fondamentaux se sont donc répandus dans toutes les activités judiciaires, suite à l'action de la Cour constitutionnelle dont c'était la fonction. A ce stade, la Cour reprenait le modèle germanique. Si un problème constitutionnel apparaissait, elle se référait aux règlements des litiges passés. Cela nous semblait toutefois peu adapté. Mais depuis que la Constitution finale a été adoptée, toutes les cours d'Afrique du Sud se réfèrent à la Constitution. La Cour constitutionnelle entend les cas en appel. C'est un avantage considérable de pouvoir travailler avec un jugement d'une autre Cour et la dimension constitutionnelle fait partie intégrante de toutes nos jurisprudences et de toutes décisions de justice, ce qui enrichit l'impact de la justice en Afrique du Sud.

Ainsi, il était bien entendu important d'avoir une Commission Vérité pour traiter des souffrances endurées. Il importait également que nous ayons un processus de restitution des terres. En effet, l'expulsion des Noirs de leurs terres était à la fois un symbole et un mécanisme pour aboutir à les détacher de leurs sources de production et à en faire des travailleurs – presque au sens marxiste du terme – au service d'un exploitant. Il était donc également important d'avoir une Cour constitutionnelle qui joue ce rôle très particulier de reconnaissance juridique de possession des terres.

Voilà pour la partie sur l'Afrique du Sud. Venons-en au Kenya à présent.

Certains d'entre vous s'en souviennent : en 2007, il y a eu des élections démocratiques. Les résultats étaient très serrés. Des amis kenyans m'ont dit : « Nous avons entendu à la télévision que les résultats ont été truqués, que le Président de la Cour suprême a annoncé des résultats contraires à ceux que les personnes ayant participé au dépouillement ont envoyés ! Nous l'avons tous vu, ils étaient là, les gens protestaient et disaient que ça n'était pas les vrais résultats. Et le « Président » a prêté serment pendant la nuit... Pourquoi ? Pourquoi les perdants n'ont-ils pas porté plainte ? Les bâtiments sont à eux, les juges sont à eux aussi. Ces juges sont bien formés, ils possèdent un langage technique et très précis, ils maîtrisent les termes juridiques et ont une solide profession juridique. Pourquoi les perdants n'ont-ils pas porté plainte ? Parce qu'ils savaient qu'ils allaient perdre.

Même chose au Sénégal : pourquoi n'ont-ils pas porté plainte contre la tentative du Président de briguer un troisième mandat ? Parce que les gens savaient que ce serait une perte de temps. Tout comme au Kenya, les juges portant les mêmes robes, utilisant les mêmes textes de lois... L'impunité, les résultats prédéterminés, la manipulation de la loi pour s'assurer que ceux qui les ont élus vont rester au pouvoir sont également des pratiques courantes.

Au Kenya, en plus de tout cela, la corruption est directement présente dans les tribunaux. Je ne suis pas certain que des gens vivant dans un pays comme la France puissent totalement en mesurer la portée. Quand j'étais en Indonésie, il y a dix ans, j'avais entendu parler de l'avocat général de la Cour. Cet homme ne disait pas « J'ai écrit tant d'articles, j'ai gagné tant de cas », mais il disait : « J'ai le numéro de téléphone de chaque juge en place à la Cour suprême, donc venez à moi ! »

Je possède un t-shirt (que je ne porte pas très souvent !) sur lequel il est écrit « Pourquoi prendre un avocat quand on peut corrompre un juge ? » Cette phrase fait référence à l'histoire vraie d'une personne qui avait gagné son procès, pas un procès politique mais civil, et qui, alors qu'il partait avait entendu des bruit de pas derrière lui dans la rue: le juge était en train de lui

courir après. Il le rattrapa et lui dit : « Pourquoi avez-vous dépensé tout votre argent dans un avocat ? Vous auriez du venir me voir directement ! »

Il y a de nombreux pays dans le monde où le système juridique est devenu partie intégrante du système marchand. C'est le triomphe du capitalisme ! Résultat, les gens n'ont plus confiance dans le système judiciaire qui n'apporte plus aucune solution et finit même par faire partie du problème. Il est structuré et fondé sur le problème qu'il doit gérer.

Comment les Kenyans ont-ils réagi ? Si vous ne pouvez pas aller au tribunal, alors descendez dans la rue ! Ce fut un affrontement si brutal. Plus de mille personnes ont été tuées et un demi million déplacées durant les violences qui ont suivi les élections. C'est toutefois un exemple où une crise, une calamité, peut aussi produire des effets positifs. En Afrique du Sud, l'alternative à une démocratie constitutionnelle aurait été un désastre et peut être même un génocide, et ce risque était vraiment présent dans nos esprits.

Au Kenya, ils ont passé vingt ans à se battre. C'est aussi l'un des pays où la société civile a joué un rôle majeur. En Afrique du Sud, l'ANC était le pionnier principal d'une démocratie constitutionnelle (dans l'exil, dans la clandestinité, dans la résistance, Mandela, était un avocat, Olivier Tambo, le leader en exil, était un avocat) et nous avons bénéficié d'un important soutien international, les lois internationales étaient nos alliées. D'une certaine façon, l'actuelle Afrique du Sud est le fruit du rejet de l'apartheid par la communauté internationale, nous avons tiré nos forces de cela. Nous voulions donc un pays pérenne et digne. Il ne s'agissait pas uniquement de changer de gouvernement ou même de changer la couleur de peau de ceux qui étaient au pouvoir. Il s'agissait de transformer la société toute entière et de conjurer le retour des crimes du passé. Les vingt-sept années que Mandela a passées à Robben Island n'étaient pas pour lui destinées à prendre le pouvoir ou à devenir Président, mais à défendre un idéal qui faisait partie intégrante de notre mode de pensée et celui de nombreux leaders africains à cette époque. Les Blancs disaient : « Il est impossible pour les Blancs et les Noirs d'être égaux et de vivre comme tels ». Nous, le peuple africain, nous avons tellement souffert pour être ce que nous sommes. Nous voulions prouver qu'ils avaient tort. Nous voulions prouver qu'il y a une autre façon de voir, une façon meilleure et plus digne. C'était en quelque sorte une question de fierté, pour prouver au monde que l'Afrique du Sud appartient à tous ceux qui vivent sur son sol, Noirs et Blancs, et que cette vision peut devenir réalité.

Tout ceci a été poursuivi non pas en tant que concession aux Blancs, ou pour des raisons instrumentales ou encore parce qu'il n'y avait pas d'autre solution, mais parce que c'était l'affirmation de l'idéal pour lequel nous avons combattu, ce qui eut une réelle efficacité. Efficacité au point que nous avons effectivement été capables d'atteindre un accord et d'avoir une « révolution négociée » qui a permis, de façon presque unanime, l'extinction de l'ancien Parlement blanc et le maintien de la légalité durant toute la transformation complète du pays.

Au Kenya, ils se sont battus pendant vingt ans et la société civile a joué un rôle décisif dans l'établissement de la Constitution. C'est un cas d'étude particulièrement intéressant, même s'il convient de ne pas se focaliser exclusivement sur la société civile en tant qu'acteur politique et porteur du changement de régime, en oubliant que les ONG doivent agir dans bien d'autres domaines. En l'espèce, ce n'est toutefois pas le parti politique qui a changé le régime. C'est un mouvement populaire qui l'a fait. Un mouvement populaire s'est organisé au sein de la société civile, en associations, et a abouti à la Constitution. Le fait qu'ils aboutissent à une Constitution a

été vraiment important. Il ne s'agit pas de chercher à faire une Constitution parfaite et de l'imposer ensuite aux gens. Un texte constitutionnel peut avoir certains défauts, l'idéal est d'avoir des négociations, de pouvoir se regarder en face et d'arriver à un accord sur ce qui fonctionnera pour vivre ensemble. C'est là que reposent les principes fondateurs de notre nouvelle société. En parvenant à cela, on donne de l'espoir aux personnes qui ont été marginalisées et de la confiance à ceux qui risquent d'être perdants dans le processus (c'est-à-dire l'assurance qu'ils ne vont pas être traités de la même façon violente, rude et sans pitié, dont ils ont traité les autres). Alors il est possible d'avancer.

Un texte constitutionnel devient un élément vital dans le processus transitionnel. Dans notre cas, la Cour constitutionnelle a dû confirmer que le texte finalement adopté était compatible avec les principes adoptés au préalable. En membres obstinés de cette Cour, nous avons déclaré qu'elle ne l'était pas ! Notre Cour constitutionnelle a donc vécu l'extraordinaire situation de déclarer la Constitution inconstitutionnelle, parce qu'elle n'en respectait pas tous les principes sur lesquels elle devait se fonder. Nous l'avons donc renvoyée au Parlement, elle nous est ensuite revenue et nous l'avons enfin certifiée. La Cour a donc bien joué un rôle dans le processus d'écriture de la Constitution.

Au Kenya, l'adoption de la Constitution démocratique a précédé la tenue des premières élections libres. La situation est complexe car les deux candidats en lice pour la Présidence de la République sont également sous les feux de la Cour Pénale Internationale à la Haye. C'est une situation politique et juridique pour le moins ambiguë et complexe. Mais les gens apprennent à s'y adapter.

Voilà pour la partie sur le texte constitutionnel. Le domaine judiciaire à présent.

Il n'y a absolument aucune considération publique pour ce domaine. Il est perçu comme corrompu ou au service de l'impunité. Au début, il était question de renvoyer tous les juges pour qu'ils postulent à nouveau mais ce projet est apparu comme trop radical. On opta donc pour d'autres mesures. La première fut la création d'une nouvelle Cour suprême, nouvellement constituée. Le professeur Willy Mutunga qui avait été le représentant de la fondation Ford et qui avait lui-même été emprisonné, devint le Président de la Cour suprême [*ndt : Willy Mutunga était l'ancien dirigeant de la commission kenyane des droits de l'homme*]. Il faillit être écarté de la fonction en raison d'une déficience... auditive ! Ses détracteurs disaient « Comment pouvons-nous avoir un Président de la Cour suprême qui soit malentendant ? » Il a rétorqué que ça faisait partie de son identité. Le Parlement a finalement donné son aval à sa nomination.

Je pense qu'il est vital d'avoir, dans la mesure du possible, une Cour composée de personnes nouvelles, dignes de confiance et respectées. Se pose ensuite la question de la façon dont elles sont choisies. Par le passé, le Président choisissait des noms et les envoyait à la Commission des services juridiques. Elle était supposée opérer des choix mais ne faisait en fin de compte que valider ceux du Président. C'était désastreux. A présent, c'est le contraire: une commission indépendante et représentative, la Commission du service juridique (JSC), fait passer des auditions publiques, nomme et choisit, et le Président doit simplement avaliser les choix.

En Afrique du Sud, en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, le Comité envoie une liste comprenant trois noms de plus que le nombre de postes à pourvoir, et le Président fait son choix

dans cette liste. Le Président peut choisir le Président de la Cour suprême directement après les auditions passées devant le Comité et avant d'avoir consulté tous les partis politiques. Un autre problème auquel il a fallu face au Kenya avait trait à la constitution d'un organe indépendant pour nommer tous les nouveaux juges.

Au Kenya, le texte constitutionnel traite également et de façon spécifique des principes de justice fondamentaux, qui mettent l'accent sur le fait que la justice appartient au peuple. C'est le peuple souverain qui parle à travers le système, ce ne sont pas quelques personnes privilégiées appelés « juges » qui vont dire aux gens quels sont leurs droits. Ils traduisent simplement le droit de ces personnes à partir de la Constitution. Et dans ce cas le peuple kenyan a dit : « La loi ne doit pas être effacée ». Les affaires vont durer, sinon prendre des années avant d'être traitées. Il a également revendiqué que : « Les lois ne soient pas excessivement techniques », car jusque là, la loi était utilisée pour garantir l'impunité. Elle était effectivement devenue un terreau pour la corruption parce qu'il était possible de manipuler la loi. Des gens payaient un juge qui trouvait alors un moyen de jouer avec les technicités du droit.

Qu'en est-il des juges? Où sont-ils? Pour répondre à la colère du peuple, un Comité de *vetting* a été mis en place¹. Il devra, pendant un an, interroger chaque juge et magistrat (il y a plus de 50 juges et 300 magistrats) et décider si tel juge est apte ou non à continuer d'exercer ses fonctions. Le Comité de *vetting* est composé de trois juges dont je fais partie ainsi que le Président de la Cour suprême du Ghana et un juge de Zambie. Il y a également trois juristes kenyans et trois Kenyans non juristes. Tous ont été passés au contrôle de *vetting*, car il fallait être approuvé avant de faire partie du *vetting board* (cette mesure ne s'appliquait pas aux juges étrangers, mais les autres furent tous auditionnés). A la fin du processus, le Parlement rendra publiques les nominations. A partir du moment où un juge est déclaré inapte par le Comité de *vetting* à exercer ses fonctions, il cesse d'être un juge. Il existe une seule procédure de révision interne pour ces décisions, dans des champs très limités et la Constitution a établi que nos décisions n'étaient pas révocables par des Cours ordinaires. Sans cela, les juges auraient revus leurs propres cas où ceux leurs collègues. Cela aurait été inextricable.

Ce que nous avons découvert jusqu'ici, c'est que, malgré les nombreux rapports qui établissent que la corruption des juges est massive, très peu d'informations ont fait surface et il est très difficile d'en obtenir. Pourquoi penser que des individus se présenteraient et affirmeraient « j'ai payé un juge et j'ai gagné mon procès » ? Ils risquent eux même d'aller en prison ! Et s'ils ont perdu leurs procès, ils continuent à être très méfiants sur ce qui pourrait se passer. Malgré la notoriété de la formule « pourquoi payer un avocat quand on peut corrompre un juge ? », nous avons donc du mal à obtenir des témoignages. Ce qui nous importe particulièrement en tant que Comité c'est que toutes nos actions soient en conformité avec la règle de droit, en accord avec les critères prescrits, avec les procédures fondées sur la loi et qu'elles respectent les principes de droit naturel. Nous devons être justes dans la manière dont nous opérons, non seulement en termes de résultats mais également en termes de procédure.

¹Le premier rapport du Comité est en ligne : *Restoring Public Confidence In The Judiciary : First Report Of The Kenya Judges And Magistrates Vetting Board*, March 2012.

<http://jmvb.or.ke/jmvb%20latest/First%20Report.pdf>

Parmi les neuf plus hauts juges qui étaient en fonction à l'époque où la Constitution a pris effet au sein de la Cour d'appel, nous avons déclaré que quatre étaient inaptes à exercer leurs fonctions. Dans un des cas, à cause des raisons de bénéfices financiers injustifiés. Pour les autres, notre décision résultait de leur rôle dans la culture de l'impunité. A ce stade, notre tâche devient plus délicate. Après avoir entendu nos conclusions, certains juges ont protesté : « Nous sommes indépendants et c'est la manière dont nous interprétons la loi à cette époque ». Toutefois, pour faire face à ces protestations, le Comité a adopté une position claire : si lors de l'examen, les jugements apparaissent faussés, en opposition totale avec les notions de justice les plus consensuelle et qu'ils ne peuvent être expliqués que par des facteurs extérieurs, alors le jugement est déclaré comme devant résulter d'un acte de corruption.

Voici juste un exemple: les élections ont été très disputées au Kenya. Celui qui était déclaré favori a critiqué les résultats et devait être entendu par la Cour électorale. Mais le vainqueur déclaré porta l'affaire devant la Cour d'appel. En temps normal, il n'aurait pas pu agir ainsi puisque le traité prévoit l'impossibilité de faire appel des décisions de la Cour électorale. Comment la Cour d'appel a-t-elle opéré ce détournement et justifié sa compétence ? Elle a affirmé : « Nous ne traitons pas les aspects substantiels des litiges, nous traitons les questions de procédures. Et la procédure dit que la plainte pour irrégularité électorale doit être signée personnellement par le plaignant ». Or, dans ce cas, elle n'était pas signée par le candidat plaignant mais par sa femme parce qu'il était paralysé ! Précisons qu'il était paralysé parce qu'il avait été torturé ! Comme il ne pouvait pas signer lui-même, il avait donc donné à sa femme l'autorisation de le faire. Mais pour le juge de la Cour d'appel, il n'avait pas signé *personnellement* !

J'écoute cet argumentaire et je pense : « La loi dit qu'il n'est pas possible de faire appel d'une décision de la Cour électorale et vous trouvez quand même un moyen de le faire en vous attachant à la procédure et non pas à la substance de la décision de la Cour. En agissant ainsi, vous bafouez l'esprit de la loi. Ces juges ont dit : « Nous ne pouvons pas entendre la substance de votre plainte parce que vous ne l'avez pas signée personnellement ». Le Conseil de *vetting* a alors demandé : « Que se passe-t-il si une personne n'a pas de bras ? » Et ce juge a répondu : « Et bien une telle personne ne devrait pas être candidate à l'élection présidentielle ».

Bien entendu, je l'ai attaqué sur ce point. Il m'a dit : « Vous ne me remettez pas en question parce que ... » et il a regardé mon bras [*ndt : Albie Sachs a perdu son bras gauche ainsi qu'un œil lors d'un attentat à la voiture piégée en avril 1988*] et j'ai répliqué : « Ceci n'a rien à voir avec moi. Le droit des personnes handicapées est reconnu en tant que tel par les lois internationales sur les droits de l'Homme ». C'était une violation tellement manifeste de tous les principes de justice. Elle faisait écho à ce qu'un précurseur nous avait dit en 2007 : « Nous perdons notre temps en nous rendant dans des tribunaux, parce que nous n'obtiendrons jamais justice. Ils trouveront toujours des raisons, mêmes les plus absurdes, pour nous en priver ». Nous avons senti que le juge en question n'était donc pas approprié pour la fonction et qu'il n'agissait pas de façon équitable et juste.

Dans nos attendus, nous avons été très clairs. Il nous importait peu que certains juges soient conservateurs, que certains soient libéraux, certains progressifs, que d'autres se focalisent sur une approche substantielle alors que d'autres ont une approche plus technique. Nous ne nous intéressons pas à la palette des différentes positions que les juges peuvent, et doivent avoir. Ceci

fait partie de la diversité et du débat. Nous sommes par contre préoccupés par les manipulations manifestes de la loi pour atteindre un résultat qui va à l'encontre de n'importe quel raisonnement ordinaire, à l'encontre de l'impartialité et de la justice, et qui détruit la confiance populaire dans le système juridique. C'est devenu le leitmotiv de notre travail. Nous cherchons à savoir si la conduite du juge peut réduire la confiance dans le système juridique et comment nous pourrions restaurer la confiance dans ce système. Quatre des neuf juges ont été évincés de leurs fonctions, certains non pas parce qu'ils prenaient de l'argent mais parce qu'ils manipulaient la loi.

Le dernier thème à aborder à présent concerne les retards dans les procédures. Il y avait au Kenya de très bons juges : l'un d'eux avait fait de la prison parce qu'il avait exercé la justice. Ce juge représentait les nouvelles valeurs. Mais il y avait un problème : il n'avait pas rendu de jugement depuis huit ans ! En même temps, les gens se plaignaient des lenteurs de la justice à traiter les affaires. Nous avons épluché des centaines de jugements rendus. La question était toujours la même: ce juge est-il assez honnête pour pouvoir continuer à exercer ses fonctions ? Nous devons décider. Pour moi, c'était particulièrement difficile. C'était mes collègues ! Ce n'étaient pas des étrangers. C'était mes collègues. Je voulais les défendre ! Je voulais défendre la pérennité de leur nomination en tant que juge. De plus, je suis plutôt de caractère « doux ». En règle générale, je n'aime pas blesser les gens. Mais d'un autre côté, si des gens ont violé l'esprit de la loi, s'ils ont détourné de son but un instrument d'émancipation, un instrument qui garantit tous les autres éléments de la constitution, s'ils ont perverti cela, alors tout le reste est perverti.

Je dois dire que la publication de notre décision a été source de joie. Jusque-là, il y avait d'énormes scandales avec des millions, des milliards de shilling kenyans frauduleusement détournés, presque sous le regard du pays sans que jamais personne ne soit tenu pour responsable. L'impunité que nous avons connue dans le passé –commissions d'enquêtes, procès interminables, appels jamais entendus – allait prendre fin. D'une façon ou d'une autre, les figures même les plus éminentes finissent toujours par devoir répondre de leurs actes.

A présent et pour la première fois, les juges sont responsables de leurs actes grâce à une méthode propre au Kenya, mise en place par le pays. Nous sommes toujours dans le processus, mais qui le sait ? La jubilation publique qui a suivi l'évincement de plusieurs juges s'altérera peut-être par la suite. Les choses changent. Il y a eu peu d'expériences similaires à celle-ci mais ce que je peux dire, c'est que ça a été une expérience très riche, compliquée et très intense à tous les niveaux, émotionnel, conceptuel, jurisprudentiel, constitutionnel. Et je pense qu'elle a été extrêmement profitable.

Dans mon livre « *Soft vengeance of a Freedom Fighter* »² [ndt : « *La douce vengeance d'un combattant de la liberté* »], je raconte qu'après avoir été touché par une bombe, j'étais en convalescence à l'hôpital de Londres, et j'ai reçu une lettre disant : « N'aie pas peur Camarade Albie, nous allons te venger ». J'ai alors pensé : « Allez-vous couper les bras et crever les yeux de ceux qui m'ont fait ça ? Est-ce cela le pays pour lequel nous nous battons ? Si nous obtenons la liberté et la démocratie en Afrique du Sud, alors j'aurai obtenu ma vengeance ». J'ai même ajouté que des roses et des lys pousseraient alors de mon bras. Avec amusement, j'ai regardé mon bras le jour où je suis allé voter mais malheureusement aucune rose ni aucun lys n'y avaient poussé !

² Albie Sachs, *The Soft Vengeance of a Freedom Fighter*, University of California Press, 2001.

Ce thème de la « douce vengeance », c'est ma façon personnelle d'apaiser la tension entre la justice (la justice vue comme une punition pour les personnes qui ont fait des choses terribles) et d'avancer dans une autre direction. Il y a une douce vengeance qui transforme, qui reconnaît la souffrance, qui incorpore le négatif du passé et le change en positif, l'énergie est ainsi inversée. Les anciens ennemis travaillent aujourd'hui ensemble – parfois avec des difficultés – à des objectifs communs. Cette histoire personnelle devient une partie de l'histoire d'une nation.

Dans « *The Strange Alchemy of Life and Law* » [ndt : « *L'étrange alchimie de la vie et du droit* »], un autre ouvrage que j'ai écrit après quinze ans passés à la Cour constitutionnelle³, il y a un chapitre intitulé « Un homme qui s'appelait Henry ». Henry est la personne qui a posé la bombe dans ma voiture. Il est venu me voir avant de se rendre à la Commission Vérité, nous avons discuté. Je lui ai dit : « Je ne peux pas vous serrer la main, allez à la Commission Vérité et peut-être qu'un jour nous nous rencontrerons à nouveau... » Cette histoire a existé et nous nous sommes rencontrés à nouveau. La suite est dans le livre...!

Enfin, le DVD « *Touring the Constitutional Court of South Africa* » raconte l'installation de la nouvelle Cour.⁴ Nous avons choisi de l'installer dans l'ancienne prison fortifiée de Johannesburg. Nous avons proclamé avec une fierté douteuse : « Nous, Sud-africains, avons la seule prison du monde où ont été emprisonnés à la fois Gandhi et Mandela ! » Personne d'autre ne peut affirmer une telle chose ! Peut être que dans votre Bastille de nombreuses personnes très honorables ont été emprisonnées à un moment ou un autre. Quoiqu'il en soit, c'est là, sur cette prison, que nous avons construit notre Cour constitutionnelle. C'est pour moi une illustration de ce que j'appelle la « douce vengeance », le rôle transformateur de la Cour, un rôle dans lequel j'ai été un juge sceptique et pas commode pour les autorités, investi dans la plupart des événements publics, avec le désir que rien n'échappe à la souveraineté du Parlement élu démocratiquement. Je suis devenue en quelque sorte un converti enthousiaste qui croit que le pouvoir judiciaire, inspiré par les droits fondamentaux, peut améliorer la démocratie et ne pas être seulement une barrière à tel régime. Je crois que dans les pays dont nous parlons, c'est un élément qui requiert une pleine attention.

Un dernier point : je pense que le débat serait enrichi si, dans le cadre de vos travaux sur la justice transitionnelle et la justice pénale internationale, vous ne vous focalisiez pas uniquement sur l'Afrique, l'Amérique Latine et peut être l'Asie, mais également sur l'Europe. Je ne songe pas uniquement aux Balkans. Qu'a fait la France après la Deuxième Guerre Mondiale ? Qu'a-t-elle fait des collaborateurs ? Comment les avez-vous gérés ? Quels ont été les succès et les échecs de la reconstruction ?

Quand je donne des conférences en Belgique et que je demande à mes hôtes : « Qu'avez-vous fait des collaborateurs ? », cela provoque un silence total. Ils ne semblent pas avoir à ce jour vraiment traité ce qui s'était passé avec les collaborateurs des Flandres. Si je poursuis : « Qu'avez-vous fait du Roi Léopold et du Congo ? » Idem, silence total. Je pense maintenant à la France, à l'Algérie... Ca a été tellement important dans nos combats. Il y a beaucoup de questions à poser et de leçons à tirer. Et ça nous place sur un pied d'égalité pour dialoguer. Ainsi on abolit le rituel « Nous, peuple civilisé... » ! Robert Badinter était venu parler à notre Cour en Afrique du Sud et m'a accueilli au Conseil constitutionnel. Il m'a donné de précieux conseils. Il m'a raconté

³ Albie Sachs, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford University Press, 2009

⁴ *Touring the Constitutional Court of South Africa, with Justice Albie Sachs*, TAXI Art Films, 2009
<http://www.davidkrutpublishing.com/5206/touring-the-court>

l'histoire de la France, les « dictatures » que vous avez connues, l'Occupation, quelle violence il y a eu ici et comment vous avez aussi été non seulement le pays de la Grande Révolution mais de nombreuses révolutions. Vous avez donc tout ici aussi en France ! Je pense qu'au lieu d'avoir un discours paternaliste tel que « Nous, le peuple civilisé, allons vous dire ce qu'il faut faire et qui vous devez tenir responsable pour cela », il serait préférable d'avoir un partage d'expériences et de pensées à plusieurs niveaux.

Je vous remercie de m'avoir invité.

La traduction, non littérale, a été assurée par Marie-Bénédicte Loze

Publié sur www.ihej.org, le 12 octobre 2012

Copyright © 2012 IHEJ - Institut des hautes études sur la justice